

《翻 訳》

諸々の条約、憲法そして法律における社会権

——シユタルク論文の紹介によせて——

渡 辺 中

まえがき

本稿は、クリスティアン・シユタルク教授（前ドイツ・ゲッティンゲン大学公法学教授であり、二〇〇八年以降ゲッティンゲン大学科学アカデミー総裁職に就任している）の論文、*Soziale Rechte in Verträgen, Verfassungen und Gesetzen* (*Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart*, 2007) の全訳紹介である。二〇〇八年一月、本論文がシユタルク教授から私宛に年賀状とともに送付されてきた。以来一年半も経過してしまったが、今年三月一日の東日本大震災の影響により、今年度の授業開始が約一ヶ月間遅れたこともあり、この間に通読を試みた。したがって、時間的余裕がなかったこと、また私自身の理解不足から不適切ないしは思わぬ誤訳もなきにしもあらずと危惧しているところでもあるが、この点は御悔容を願うほかはない。ここに「全訳紹介」として、あえて不十分なまま掲載するのは、一つは、シユタルク論文の内容が、現代世界における社会権状況の全体像をいわば鳥瞰する内容のものとなっており、私のテーマとしている「憲法委託としての社会国家（論）」研究にとって有益かつ格好の論文

諸々の条約、憲法そして法律における社会権（渡辺 中）

五五

となりうると判断したからである。第二に、この私の研究テーマについてシュタルク教授が御存知であったことから、本論文を送付してくださり参考にせよという教授の御好意に対して、遅らばせながらも感謝の気持を表明したいという思いからである。

心よりシュタルク教授および奥様の御健康を祈念している次第である。

一 国際法上の社会権

一九九六年一月二九日版の米州機構憲章 (die Satzung der Organisation Amerikanischer Staaten (1948)) は、「その三条 III.1」において次のように規定している。すなわち、「社会的正義と社会的安全保障は、永続的な平和の礎である」と。この基本原理は、経済的、社会的指針並びに教育、科学そして文化に関する指針を通してさらに詳細に具体化される。これらの指針は、実質的にそれぞれが密接に結びついている。なぜならば、経済的發展と社会的發展は、関連し合っており (三〇条以下参照)、両者とも人間形成や教育に依存する (三四条 III. b) からである。南アメリカ諸国家における状況について、憲章四五条 III.1 は、次のように明確に規定している。すなわち、「社会で疎外されて生活している住民の部分は、都市部においても、農村部においても、ますます国家の経済的、社会的、公民的、文化的そして政治的生活へ組み入れられなければならない、かつこれに参加させられなければならない。このことによって、国家社会の完全な統合や社会的流動性の過程の促進や民主的制度の強化が達成される。共同体の發展と進歩を目標とした一般的な水準の向上と共同作業をめぐるあらゆる努力は、促進されなければならない」と。既に引用した四五条においては、冒頭の経済的な社会権も規定されている。すなわち、物質的に豊かな生活を求める権利 (III. a)、

労働を求める権利と社会的義務としての労働 (lit. b)、労働者の団体結成やストライキ権 (lit. c)、給付能力を有する社会保険制度 (lit. h) などである。

一九六六年二月一九日の経済的、社会的そして文化的権利に関する国際規約⁽²⁾ (Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) は、グローバルに見て同様の目標を追求し、また相応の前進的な社会権を規定している。すなわち、労働を求める権利と公正かつ良好な労働条件に対する権利 (六条・七条)、労働組合の結成を求める権利やストライキ権 (八条)、社会保険を含む社会保障を求めるすべての者の権利 (九条)、相当な生活水準を求めるすべての者の権利 (一一条)、すべての者にとって達成可能な最高水準の身体的かつ精神的健康を求めるすべての者の権利 (一二条)、教育を求めるすべての者の権利 (一二条)、文化的な生活に参加し、かつ科学的進歩の成果とその利用による利益を享受するすべての者の権利 (一五条) などである。これらの権利は、もちろん国あるいは国際的な裁判所に訴えることはできず、むしろ条約締結国は、それぞれの国によってとられた措置や規約の中で認められた諸権利の実現の点について達成された進捗状況について報告することのみが義務づけられているにすぎない (一六条一項)。経済社会理事会は、これらの報告を審査し、かつ国連総会に自らの報告と勧告を提出することができる (二二条)。

同様に、一九六一年一〇月一八日のヨーロッパ社会憲章⁽³⁾が制定されている。この社会憲章は、規約におけるよりもっと詳細に社会権を列挙しており、ヨーロッパ理事会の事務総長が、経済専門家委員会に審査させた (二四条・二五条) 報告を要請している (二二条)。手続的には、構成国に対する理事会の勧告につながっていく (二九条)。ヨーロッパ社会憲章は、第五編の中で緊急事態条項や制限を規定している。このことから明らかになるのは、憲章からの義務は本来的に真剣に考慮されなければならないということであり、例外的な場合にだけ履行される必要がないとい

うことである。

しかし、これまでの経験が示していることは、国際法上約定された社会権の保障は、全く個々の条約締結国の善意に委ねられているということである。

二 各国の憲法上の社会権

各国の憲法上の社会権について論じようとする場合、しばし一般的に積極的地位⁽⁴⁾ (status positivus) の給付権に考察を拡大するのが適當である。これは、国家に一定の給付を求める個人の権利であり、例えば、法的保護、組織や手続⁽⁵⁾、公的施設の利用、国家的情報等々を求める個人の権利である。ここで問題となっている社会権は、積極的地位の権利の特別のカテゴリーである⁽⁶⁾。

各国の憲法を考察した場合に明らかになることは、社会権は、まず比較的に遅れて登場しているということである。一九四七年のイタリア憲法や一九四九年のドイツ基本法は、たんに一般的な社会的国家目標を規定しているにすぎない。ドイツ基本法二〇条一項は、社会的連邦国家について規定し、二八条一項は、社会的法治国家について規定している。イタリア憲法三条二項は、若干詳細に、「市民の自由と平等を事実上制限し、人格の完全な発展および国の政治的、社会的組織へのすべての勤労者の実効的な参加を妨げている経済的・社会的障害を除去することは、共和国の責務である」と規定している。一九五八年のフランス憲法は、それに先行する一九四六年憲法の前文を組み入れているが、その中には政治方針としての社会原則が見られる。一九三七年のアイerland憲法は、議会に対する社会政策の指導原理を含んでいるが、しかし、明確に裁判所の拘束を排除している(四五条)。

二〇世紀の五〇年代においては、社会権を国家憲法の中へ受容することについて激しく議論された。⁽⁷⁾ その際、関心が払われたことは、社会権は伝統的な基本権と衝突するということであった。⁽⁸⁾ 労働を求める権利は、契約の自由、営業の自由そして財産権への介入並びに移転の自由の止揚なしには実現されえない。社会権は、平準化 (Nivellierung) を助長するとともに社会生活を捕捉し、計画化を図り、そして分配しなければならないであろう官僚政治を助長する。憲法内容から見て、広範囲にわたる社会権カテゴリーを含む共産主義国家における状況は、反発的に作用し、社会主義的側面から自慢げに社会権を誇示する。

先ず、一九七〇年代の中葉以降、社会権カテゴリーを含む多くの憲法がヨーロッパで誕生したが、これらの社会権カテゴリーは、たいていの場合、国家的義務として定式化されており、また、より厳密な国家的な社会委託 (Sozialauftrag) を超越しているように思われる。国際規約からの列举された権利の他、ギリシャ憲法 (一九七五年)、ポルトガル憲法 (一九七六年)、そしてスペイン憲法 (一九七八年) には、さらに次のような権利が見られる。⁽⁹⁾ すなわち、住居を求める権利あるいは住居を配慮する国家的義務、環境の保護、学問と芸術の助成、障害者の為の配慮、相応の財産形成、社会保険制度などである。社会権は、これらの憲法の中では特別な章において——伝統的な権利や自由とは分離されて——列举されている。このことから、ポルトガル憲法は、その一八条一項で、また、スペイン憲法は、その五三条で社会権に対する裁判所の直接的な拘束を明確に排除している。それゆえに、裁判所は、直接に憲法に基づいて社会権を承認するような判決を下してはならない。このことは立法に留保されており、立法は、憲法上規定されている社会権を法律で具体化しなければならない。その限りでは、アイルランド憲法と同様に単なる指導原理としての役割を演じることになる。

中央ヨーロッパや東ヨーロッパにおける共産党独裁の崩壊後、解放された諸国家は新しい憲法を制定した。ドイツ

においては、このことは、ドイツ民主共和国から生まれ、ドイツ連邦共和国に加盟した五つの新しい州について妥当する。これらの憲法が、社会権を含んでいる限りで、たいいていの場合、社会権は、伝統的な自由権カテゴリーから分離されている格好になっている。⁽¹⁰⁾

いくつかの東ドイツの州憲法や東ヨーロッパ諸国家の憲法は、伝統的な権利と社会権との間を分離していない。その限りで、明らかにこれらの国家の裁判所は、社会権を直接的には適用していない。

米州機構憲章の冒頭の引用文が明らかにすることは、社会権はグローバルな問題を提示しているということである。したがって、南アメリカにとって模範となっているブラジルを検討することが必要である。その際に、もちろん考慮に入れなければならないことは、そこでの社会状況がかなり西ヨーロッパのそれとは異なっているということである。一九八八年に制定され、これまでにしばしば改正されてきたブラジル憲法は、その七条において三四を下らない社会権カテゴリーを含んでいる。教育、保健、労働、休暇、社会的安全保障 (Soziale Sicherheit)、母性と子供の保護ならびに社会扶助 (Sozialhilfe) に関わるこれらの権利は、部分的には明確に立法に依存するか、あるいは、例えば、失業保険のように立法を前提としている。しかし、例えば、雇用あるいは賃金を喪失することなく一二〇日間の出産休暇が保障されるとか、賃金一三ヶ月分の保障などのような直接的な憲法的保障も存在する。

七八にも及び個人および集団の権利や義務を備えた五条一項は、これらの権利や保障の直接的適用を命じているのに対して、社会権カテゴリーの終末にはこれに相応するような条項は見出せない。もちろん、考慮しなければならぬことは、社会権は基本的権利および保障 (direitos e garantias fundamentais) という標題となっている第二編に置かれており、五条一項もまさにこの文言が用いられている。もし第二編が直接的適用を命ずるのであれば、社会権にも直接的適用が推論される。⁽¹²⁾ このことから、連邦最高裁判所 (Supremo Tribunal Federal) も保健や教育に関して

直接的に憲法から導出される始源的な給付請求権を承認している。⁽¹³⁾ もちろん、反対の声もある。⁽¹⁴⁾ 憲法八編の中に定められている伝統的権利の場合に、五条一項の付帯条項に対応するためのものがこれであるように思われる。というのも、憲法八編は、直接に提起することのできる請求権があるという前に、まず活動されるべき社会立法のための詳細な方針を列挙しているからである。⁽¹⁵⁾ 確かに、七条の中には、例えば、賃金総額あるいは老齢退職年金を基礎とする一三ヶ月分の賃金のような法律的形成を必要としない社会的請求権が見られる。

社会権をめぐるさまざまな国際法上および憲法上の規定状況について論じたので、次に、国家論上の社会権の位置づけについて論じられるべきであろう。なぜならば、社会権は、理性的な国家目的理論の特別な刻印にすぎないからである。

三 国家目的理論に関する検討

国家理論が理性法的に方向づけられていた限りは、したがって、一九世紀の中葉までは国法教科書や国法ハンドブックにおいて国家の目的あるいは目標が論じられていた。⁽¹⁶⁾ そのことによって同時に、国家の正当化が与えられていた。理性という根拠によって、国家は単なる命令付与者として正当化されるものではなかった。⁽¹⁷⁾ むしろ、国家の命令そのものの内容が問われる。一九世紀の自由主義的国法学の共通の見解となっていたのは、次の点にあった。すなわち、平和は、国家によって保障され、かつ保護された一般契約的な自由と一体となつてのみ国家の目的であるということであった。⁽¹⁸⁾ 国法学の論争——当時の用語例では、政治に関する理論——は、まず、国家は福祉目的のもつものかどうか、また、どの程度もつものかということだけが問題となっていた。整序された法状態の維持と並んで個人の力では

調達することのできない、そのような公共物や公共の施設を設置することは、国家の責務とみなされた。⁽¹⁹⁾ここに、こんにちでは、われわれにとって容易に継承することのできる福祉国家的理性が姿を見せている。⁽²⁰⁾秩序や平和は、決断によって確立される状態であるという権力団体として国家の現実の前に国家目的理論は、背後に押しやられ、消失してしまった。⁽²²⁾この理論の最終的結末は、国家社会主義的国家であった。

第二次世界大戦後の時代の立憲主義は、国家目的のルネッサンスを生み出した。われわれは、こんにち国家目的の三つの組み合わせ、すなわち、平和、自由そして社会的調整という前提から出発する。⁽²³⁾もし国家が平和目的のためにも保障し、保護しなければならない自由を、はじめから一般契約的に行使される自由と理解するならば、国家は、こんにち、従前と同様に記述された意味において保護することだけに限定されるものではない。なぜならば、自由は、市民間に事実上の不平等を創り出す。人間は、天分もさまざま、利害もさまざま、そして勤勉さにおいてもさまざまである。時の運や時の利も、行動する人間とただその到来を待っているだけの人間とでは異なってくる。甚しい事実上の不平等から不公正と感じられる従属性が生まれてくる。このことから、どの人間社会も平和を保障するために市民間の社会的調整に配慮しなければならない。古代において既にアテネでは（五九四／九三）ソロンのような大人物やローマでは（一三三—一二一）ティベリウス、ガイウスグラックス兄弟の改革が示しているように、繰り返し改革によってなされてきたこのような調整は、いずれにせよ不可能な事実上の平等の確立を意味するわけではなく、貧困者の生存保障や搾取からの貧困者の保護を意味する。

社会的調整に向けられたこのような第三の国家目標は、こんにち、社会国家原理か社会権カタログのどちらかによって規定されている。これによって、現代国家の永続的責務が示されている。なぜならば、産業社会のダイナミックと機械（Maschinen）と組織による自由経済の可能性は、技術と経済が進展するにつれて社会秩序の断層も惹起す

る。そして、その断層は、——こんにち、経済のグローバル化の必然的な結果により尖鋭化されている——多層的な国家的補完を必要としている。そこで国家は、社会福祉を実施し、社会保険システムを創設する義務を負うことになる。国家は、学校の設置や維持を通してだけでなく、通学を可能にするための財政的支援を通して平等な教育を受ける機会を付与する義務を負っている。

社会的調整という国家目的は、これを他の二つの国家目的に関連づけ、そしてそれによって、国家目的の三角形を考察する場合に、その輪郭を獲得する。⁽²⁴⁾

先ず、基本権的自由や民主主義的自由が前提としているのは、冒頭で引用した米州機構憲章が規定しているように、すべての市民が、経済的、社会的、文化的そして政治的生活の中へ組み入れられ、これに参加させられるということである。そのためには、法的平等を完全にするだけでは不十分である。機会の平等を保障するために甚しい事実上の不平等の社会国家的補完を必要とする。しかし、基本権的自由および民主主義自由は、社会的調整を事実上の平等を確立するように試みられるところまで把握することを禁止する。⁽²⁵⁾ 社会国家的立法は、自由という国家目的を考慮して、自由をその二重の刻印 (*Ausprägung*) において、つまり、自由の欲求と人間の進んで責任を負うという喜びも損なうものであってはならない。社会的調整は、自己責任の覚醒を通して自由原理への回帰を図られなければならない。民主主義的自由も事実上の平等の確立を国家目的と解釈することを禁止する。なぜならば、それによって政治的思惟のあらゆる多元論が自由とともに廃棄されてしまうからである。公正な秩序に関する観念の多元論は、少数者を保護したうえで議会の多数決を要請する。

平和という国家目的に対する社会的調整という国家目的の関係から次のことが判明する。すなわち、社会的調整は、平和を創造するか、ないしは平和を守るために有効であるということである。公正な秩序は、自由だけではなく、社

会的調整も前提としている。自由の保護という国家目的と社会的調整という国家目的の調和のとれた実現は、公正とみなされる決定を生み出す国家秩序のための最良の条件を創造する。さらに重要なことは、このような秩序は、必要な安定性を構築するのに新たな事実上の関係に基づいて国家諸目的から新たに結論を導出するために十分な習得能力を有しているということである。

正義と平和は接吻を交わすものであるとか、手と手を携えていくものであるとか、平和は正義の所産であるとかいったしばしば伝承されてきた言葉は、公正な社会秩序は永続的平和の重要な前提であるという時間を超越した洞察を表現したものである。それと並んで、もちろん、社会国家も権力独占 (Gewaltmonopols) を必要とする。

逆に、平和は、すべての公正な社会秩序が存在するための基礎である。正義のユートピアの実現をわれわれは追求すべきではない。平和という国家目的は、世俗的なものと関係するものである。多くの平和探求者は、平和を完全な社会的平等の状態と再定義するけれども、平和や市民の平和志向性を正義のユートピアに依存させている。しかし、このようなことは、平和に奉仕するものではなく、かえってこれを掘り崩してしまう。

社会権は、したがって、古い国家目的理論に由来する。というのも、この理論は、社会的調整のための国家の義務を市民の権利に転換して活用するからである。そこで、社会権は、国家目的理論の真正なさらなる発展 (Echte Weiterentwicklung) を叙述するものか、あるいは基本権と定式化された社会権は、国家目的理論の華美な表現を叙述するものにすぎないのかどうかという問題を取りあげることにする。これについて、われわれは、社会権の構造を検討しなければならない。

四 社会権の構造問題

伝統的自由権は、国家に対して自制を求めたり、あるいは基本権の担い手の権利を相互に限界つけること、例えば、出版の自由権は、名誉保護を求める権利と調整を図るというように、規制することを求める⁽²⁷⁾。これに対して、社会権は、多大な財政的支出と結びつく⁽²⁸⁾。もし裁判所が、特に憲法裁判所が直接的に社会権から請求権を導出するとすれば、裁判所が国家財政やその優先的順位への影響力を手に入れることになる。社会権の財源に充当するために必要な金銭は先ず調達されなければならないが、このことを憲法や憲法を解釈する憲法裁判所が保障することはできない⁽²⁹⁾。請求の対象となる本来的不足は、すべての社会的基本権の限界である。さらに直接的に適用される社会権は、ほぼ全体的な財政政策が憲法上確定されるということになる。このことから生ずる衝突状態や緊張状態は、基本権解釈を解決不可能な困難性の前に立たせることになる。

さらに次のことがこれに加わってくる。すなわち、たいていの社会権は構成要件的に明確に十分把握されない。教育を求める権利、あるいは清浄な環境を求める権利は、どのような請求を許容するか⁽³⁰⁾。健康を求める権利は、何を意味するのか。給付の範囲が依然として不明確のままである。このようなことから、社会権については直接に社会権によって訴求可能性に拘束されることなく、一定の社会的地位を許容したり、あるいは継続的に発展させたり、あるいは社会的地位が弱体化されることを阻止する立法者が語られる。原理的に社会権は、法律で具現化されている社会政策に基づいて存在することになる。たとえ社会権の請求対象の範囲がより明確に画定されている場合ですら、国家は多くの請求対象を自由に処理できるわけではない。このことから、労働を求める権利は、それが真剣に考えられる

のであれば、労働の場（Arbeitspraze）に関する国家の措置が前提となり、住居を求める権利は、住宅経済に関する国家の措置が前提となる。このような社会権は、伝統的自由権と解決不可能な衝突状態に立つことになる。

もちろん、例外はある。確かに、連邦憲法裁判所は、その裁判の開始当初、実質的な困窮やそれとともに最低限度の生存保障を求める権利に対して国家的保護義務を拒否した。⁽³¹⁾しかし、その後、人間の尊厳保障（基本法一条一項）から社会国家的かつ租税法上の帰結と立法者の判断の余地とともに最低限度の人間の尊厳に値する生存を求める権利を導出した。⁽³²⁾

人間の尊厳保障から導出されたこのような請求を除いて、憲法は社会権を請求対象の不確定ゆえに、また克服できない財政的欠乏ゆえに伝統的自由権と同様に厳格な拘束性をもって保障することはできない。現代立憲主義は、従前の憲法伝統から意識的な転向を図り、伝統的自由権を直接に適用される法として立法を拘束するというこのうえに構築している。このことは、ヨーロッパ諸国家のたいいていの比較的最近の憲法において明確に規定されているか、あるいは憲法裁判所または最高裁判所によって承認されている。このような直接的拘束は、憲法裁判制度によって、また憲法裁判手続に相応した憲法的保障、⁽³³⁾とりわけ、規範審査によって強化されている。

社会的基本権のこのような構造分析は、われわれを再び社会的調整という国家目的にたち戻させる。なぜならば、社会的調整は、他の国家目的と一体のものとして実現されるように直接立法者に向けられるが、しかし、立法者には政治的な自由が与えられているからである。このことから、われわれは、憲法のレベルを離れて立法のレベルへ移行する。

五 社会立法

(一) 現象形態

社会立法は、常に国家的立法である。そのために社会立法のグローバルな考察を成し遂げるということはなかなか困難である。とりわけ、それぞれの国家は、社会的状況やそれと関連する立法伝統を有しているためにかなり異なっている。このことは、既にヨーロッパのそれぞれの社会国家相互の間やアメリカ合衆国との比較において明らかになるが、しかし、南アメリカ諸国家を比較の中に含めるとき、その相違がさらに明らかにになる。しかし、再度、国際法上の条約であげられている社会権に着目するとき、一定の態様の社会立法が確認される。しかし、そうであるからといって、これらの社会立法が、個々の国家において実現されるのか否か、またどのように実現されるのかについては言及することはできない。

(a) 社会保険

老齢年金、疾病、災害そして失業の場合の社会保険制度を法律で定めることができるし、また義務づけることもできる。すなわち、この制度は、個々の被保険者が自己の賃金の高さに応じて分担金を支払い、そして保険事故の加入に応じて被保険者は法律で定められた請求をすることができるようにするものである。これは、真正の社会権であって、法律で正確に査定されており、被保険者から調達された基金から支給される。被保険者の法律上前提とされた連帯 (Solidarität) は、被保険者が制度を利用する必要性に応じて被保険者間の社会的調整を実現する。すなわち、ある者は他の者よりもしばしば病気がちであったり、またある者は早く死亡した他の者よりも長く年金を受け取ると

いうように。

国家が、このような保険制度にさらなる責務によって負担を強いなければならないときには、国家は制度に対応する財源を一般的国家予算から補填しなければならないであろう。このような社会保険制度は、極めて有効であることを実証しており、これらは一般的な国家予算ではなく、むしろ制度の基金で運用されている。しかし、一般的予算と個々の保険制度の基金との間の明確な分離は、租税が個々の保険を財政的に支えるための目的に高められるとき、ますます曖昧なものになる。煙草税は、定期金組合 (Rentenkasse) の負担を軽減すべきであろう。つまり、「定期金のための喫煙」である。あるいは社会保険の基金は、被保険者の保険料と企業の賃金付帯費用 (Lohnnebenkosten) 分担分を維持するために、通常、たいていは増大する補助金によって連邦予算から助成されている。

(b) 学校および教育に関する国家的財源化と国家的組織

教育を求める権利は、法律のレベルで無償の学校の授業や (ほぼ) 無償に近い大学の講義および財政的支援なしには勉強することのできない者への奨学金の付与によって実現される。教育を求める権利や学校の授業は、もちろん財政的な給付のみが重要なわけではない。学生の才能ややる気が促進されるということは、むしろ適任の教員によって保障される。概してここでは、国家は、資金提供者として要請されるだけではなく、むしろ教育制度を創設し、組織化し、適任の人材を配置し、そして監督しなければならぬ⁽³⁴⁾。今後の社会問題を予防するための就学義務の実施 (Durchsetzung der Schulpflicht) もこれに属する。

(c) 社会扶助

このような特別な社会権と並行して、最低限度の生存保障を求める一般的な社会権が問題となる。このような社会権は、同様に一般的な国家予算から支出される。さらに、国家が、家族、母親そして子供の保護のために広く法律的

な社会的請求権を付与し、それによって社会国家性という憲法上の命令を履行し、また基本法六条一項と四項（家族と母親に関わる）の特別の保護命令に対応するとき、国家は適切な行動をしていると評価される。一般的な国家予算は、国家的徴税を基礎としている。国家が一定の累進課税を法律上規定する——これによって高い収入を得ている者は百分率による多くの税金を支払ねばならない——とき、そのことで既に社会国家的調整がなされている。

(d) 私法

私法上、社会給付は、国家、つまり公共によってではなく、むしろ契約当事者によってなされる。ここでは、社会国家的立法は、とりわけ、労働法上の解雇通告からの保護や借家人保護という形で明確化する。立法者は、借家人あるいは従業員がどの程度保護され、それと同時に家主や雇用主が制限されるかを定める。その際、立法者は、雇用主の自由や家主の財産権を考慮しなければならない。このことは、憲法上ある者について、労働を求める権利、あるいは住居を求める権利を語るときにも妥当する。

(二) 他の国家目的とのバランスの中での社会給付

ここで列挙された、法律上規定された社会権を創設するための手段設定は、それぞれの州 (Ländern) において全く異なっている。重要なことは、その時々々の州の具体的な社会的状況の中で国家的立法が成功するということであり、その際に、平和と自由の保障を確立するという二つの他の主要な国家目的とのバランスを図ることである。このようなバランスは、社会給付が一般的な国家予算あるいは社会保険制度から過度に使用されるときには崩れるものとなる。このことは二つの負の帰結をもたらす。制度が次第に金銭のかかるものになればなる程、それだけこれに金銭を支払わなければならない。国家予算に関しては、社会的負担を担うために他の責務を後回しにしなければならない。

らない。租税や社会保険料が高くなればなる程、それだけ自らの収入によって自己責任をもって生活を維持するといふ市民の自由が少なくなる。課税や社会保険料をともなった負担が租税義務者の経済的支払い能力に過大な要求をし、あるいはその支払い意思を衰えさせてしまうとき、社会権のサービスのための租税収入は減少する。低賃金による労働よりも社会給付の方が多いということになれば、社会給付を受け取ることのメンタリティや自分で生活を維持することの放棄を助長することになり、自分で生計をたてて生存するということに対する責任感を衰えさせてしまう。このことは、このような親の子供に「引き継がれる」ことになる。

しかし、社会的調整という国家目的は、自由の保障と平和の保障という国家目的とのバランスから別の方向にも迷い込むかも知れない。国家が実効的な教育制度を構築することに成功しなかったり、社会保険制度の範囲内で、さらには一般的な国家予算を基礎にして適切な社会権を付与することに成功しなかったとき、財力に乏しい者の人格の自由な発展は保障されないし、国家社会内の国内的平和は重大な危険に陥いる。負の展開は、——領土的に境界づけられた——隣接社会にも犯罪的行動を生じさせ、そして住民を脅すところまで波及するであろう。

この点で支援され続けられるべきは、華美な社会権ではなく、むしろ実効的な学校制度や教育制度であり、実現可能な権利を付与する堅実な社会立法なのである。このような責務に関して、この論文の冒頭に米州機構憲章からの引用文がある。本文は一九六七年以降のものであるが、四〇年後のこんにちでもなお依然として切迫した要請が記述されていると言って良いであろう。

六 ユーロッパ社会連合

従来のヨーロッパ経済共同体は、その間、社会的、文化的問題にも及んでおり、そしてこれらはヨーロッパ共同体設立条約（EGV）の規律の中に採り入れられている。国家同盟としてのヨーロッパ連合へのさらなる発展は、連邦憲法裁判所³⁵にならって述べるように、経済に限定されるはずのものではなくこれを一層自由化し、むしろ人間を全体的に考察しなければならない。社会制度や文化もこれに属する。このことは、明確にヨーロッパ共同体設立条約一三六条一項に現われている。すなわち、「共同体および構成国は、一九六一年一〇月一八日にトリノにおいて署名されたヨーロッパ社会憲章および一九八九年の労働者の社会的基本権の共同体憲章において規定しているように社会的基本権を銘記して次の目的を追求する。それは、雇用の促進、進歩の方法でその同化を可能にする生活条件、労働条件の改善、適切な社会的保護、社会的対話、継続的に高い雇用水準を考慮した労働力の可能性の発展と疎外の克服」である。この一三六条一項に続く条項において詳細に規定されているこれらの目的は、ヨーロッパ憲法に関する条約案（EVV）においてほぼ文言上継承されている（Art. III—209ff）。しかし、労働者の保護を越え出た社会権は、ヨーロッパ共同体設立条約やヨーロッパ憲法に関する条約案に欠如している。この点に、経済共同体としてのヨーロッパ共同体の出発点を見とることができる。

ヨーロッパ基本権憲章——これは公布されたものの施行されていない——は、これらの権利を越えるものとなっている。もちろん、構成国は、一定の基準に義務づけられてはいない。憲章の三四条二項には次のように規定されている（= Art. II—94 Abs. 2 EVV）。すなわち、「連合内に自らの合法的な住居を有し、かつ自らの滞在地在合法的に

移転するすべての人間は、連合法および個々の国家の法規定や慣習に基づいて社会的保障の給付と社会的優遇措置を求める請求権を有する」と。この規定の三項は、さらに次のように規定している。すなわち、「社会的な疎外や貧困を克服するために十分な対応がなされていないすべての者に、連合法および構成国の法規定や慣習に基づいて人間の尊厳に値する生存を保障する社会的支援や住居の支援を求める権利を連合は承認し、尊重する」と。国家同盟としてのヨーロッパ連合は、構成国から国家の責務を委ねられている。もちろん、これには社会的調整について配慮する責務は属していない⁽³⁶⁾。ヨーロッパ連合は、連邦国家ではなく、主権国家の同盟であり、それぞれの国家が各自で社会的調整を保障しなければならない。また、ヨーロッパ連合内部において、構成国家内の社会情勢を検討するために委員会が作成した報告が予定されている (Art. 143 u. 145 EGV, Art. III—216, 218 EVV)。これらの規定は、社会的調整のために配慮すべき国家の自明の権限を再度確認している。これらは、その時々々の国家の諸事情、すなわち、予算や社会的調整に関する多数の住民の判断に依存する。その限りでは、とてつもない挑戦の前に立たされている国家がある。解決は、単純に金銭を支出すれば良いという訳ではない。結局は、「貧困者」、「十分に人権が認められていない者」、「疎外されている者」——いつもこれらの名が挙げられている——を動機づけ、職業的能力を取得させることにかかっている。そうすれば、自分自身や家族を配慮し、同時に自らの生活を形成するように自分の子供達にとっても模範となるであろう。併せて、社会構造を変えることに努力しないならば、単なる政治的活動だけでは十分ではないのである。

(一) UNTS Bd. 119, S. 3 ; Ergänzungen Bd. 721, S. 324 (Buenos Aires 1967); 25 ILM (= International Legal Materials) 527 (Cartagena 1985); 33 ILM 1005 (Washington 1992); 33 ILM 1009 (Managua 1993). Bestärkung durch Art. 26 der

Amerikanischen Menschenrechtskonvention v. 22. 11. 1969.

- (2) UNTS Bd. 993, S. 3 ; BGBl. 1973 II, S. 1570.
- (3) UNTS Bd. 529, S. 89 ; BGBl. 1964 II, S. 1262.
- (4) *Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 124 ff.
- (4a) *Starck* in : v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Bd. I, Art. 1 Rn. 199 ff.
- (9) *Rüfner* Leistungsrechte, in : HGR II, 2006, §40 Rn. 1.
- (7) *H. Huber* Soziale Verfassungsrechte? in : FG der Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, 1948, S. 149 ff ; *U. Schewner* Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in : Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. IV, 1953, S. 88 ff.
- (8) v. *Mangoldt/Klein* Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, S. 75.
- (9) Vgl. *Starck* Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 215.
- (9a) Polen, Slowakei, Tschechien, Sachsen, Sachsen-Anhalt.
- (11) As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
- (12) Vgl. *Starlet* Soziale Grundrechte in Brasilien : Probleme ihrer Verwirklichung unter dem Druck der Globalisierung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 16 (2002) 1, 11 ff, besonders S. 12 (»keine Art Mittelweg«beschreibend).
- (13) STF RE 436. 996/SP, DJ (=Diário de Justiça) de 2. 12. 2005 - Kinderkrippe (Art. 208 Verf.); RE 271. 286/RS, DJ de 24. 11. 2000 - kostenlose Medikamente (Art. 196 Verf.); AI 468.961/MG, DJ de 5. 5. 2004 - kostenlose Medikamente (Art. 196 Verf.); ADI 1.458/DF, DJ de 20. 9. 1996 - Mindestlohn (Art. 7 IV Verf.); ADI 1.439/DF, DJ de 30. 5. 2003 - Mindestlohn (Art. 7 IV Verf.); ADI 3.128/DF, DJ de 18. 2. 2005 - Existenzminimum ; ADPF 45/DF, DJ de 4. 5. 2004 - Existenzminimum ; RE 197. 807/RS, DJ de 18. 8. 2000 - Mutterschaftsurlaub (Art. 7 X VIII Verf.).
- (14) Siehe die genaue und differenzierende Darstellung bei *Starlet* (Fn. 12) S. 11ff ; zutreffend für »Grundrechtspolitik « (= den sozialen Grundrechte günstige, diese umsetzende Gesetzgebungspolitik) plädierend *Starlet* (Fn. 12) S. 19 ;

- vgl. auch *ders.* Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, 1997, S. 130-271.
- (15) Soziale Sicherheit (Art. 194f), Gesundheit (Art. 196-200), Sozialversicherung (Art. 201 f), Fürsorge (Art. 203f), Erziehung (Art. 205-214).
- (16) *H. A. Zachariae* Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl. 1865, Bd. I, S. 45 ff.; Angaben bei *K. Hesse* Zur Entwicklung der Staatswecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, 1964, S. 20 ff.; *Link* Staatszwecke im Verfassungsstaat, in: VVDSiRL48 (1990) 10 f.
- (17) *Burdeau* Traité de science politique, vol. 1 / 2, 3. Aufl. 1980, S. 292.
- (18) v. *Rotheck* in: *Rotheck/Welcker*, Staatslexikon, 2. Aufl. 1847, Bd. V., S. 192 f.
- (19) *Zoepfl* Grundzüge des gemeinen deutschen staatsrechts mit besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, 5. Aufl. 1863, S. 49; *Zachariae* (Fn. 16) S. 45.
- (20) Deutlich *L. v. Stein* Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich (1849/50), Ausgabe 1921, Bd. 3, S. 38f.
- (21) *Ummh* Kant-Menschenwürde-Sozialstaat, FS Starck, 2007, S. 133, 140 ff.
- (22) *Link* Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 133.
- (23) Vgl. auch die in Fn. 1 zitierte Satzung der Organisation amerikanischer Staaten, insbes. Präambel, Art. 17, Art. 45 Satz 1.
- (24) *Starck* (Fn. 9) S. 235 ff auch zum Folgenden.
- (25) *Starck* (Fn. 9) S. 161 ff.
- (26) *Brunner* Land und Herrschaft, 4. Aufl. 1980, S. 32. Zur Darstellung von Gerechtigkeit und Friede in der bildenden Kunst vgl. *Pleister/Schild* (Hrsg.) Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst, 1988, S. 97 (Justitia und Pax umarmen sich. Aus dem Stundenbuch des Kardinals Alessandro Farnese), S. 139 (Frieden und Gerechtigkeit. Vincent Sellaert), S. 140 (Justitia und Pax. Otto van Veen), S. 147 (Justitia und Pax huldigen Venetia. Paolo Veronese).

- (22) Siehe zuletzt einerseits BVerfGE 101, 395 – *Caroline*, und andererseits EGMR, Urteil v. 24. 6. 2004, JZ 2004, 1015 ff.; dazu *Starck* Praxis der Verfassungsauslegung II, 2006, S. 85 ff.
- (23) *Rüfner* (Fn. 6) § 40 Rn. 14 ff.
- (24) *Starck* Freiheit und Institutionen, 2002, S. 196.
- (25) *H. H. Klein* Ein Recht auf saubere Umwelt? FS W. Weber, 1974, S. 643 ff.; zum Staatsziel »Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen« (Art. 20a GG) siehe *Epinay* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Bd. II, Art. 20a Rn. 56–88 (Gesetzgeber), Rn. 95 (Rechtsprechung müsse Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung beachten).
- (26) BVerfGE 1, 97, 104.
- (27) BVerfGE 40, 121, 133; 82, 60, 85; 87, 153, 170; 91, 93, 111; 99, 216, 233.
- (28) Siehe dazu ausführlich Starck/Weber (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 2. Bde., 2. Aufl. 2007; Luchterhand/Starck/Weber (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, 2 Bde., 2007.
- (29) Art. 7 Abs. 1 GG spricht davon, dass das gesamte Schulwesen unter der »Aufsicht des Staates« steht. Zum Begriff siehe *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Bd. I, Art. 7 Rn. 61 ff.
- (30) BVerfGE 89, 155, 184 ff.
- (31) So deutlich *NuBberger* in: Tettinger/Stern (Hrsg.) Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 34 Rn. 105; *Kingreen* in: Callies/Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 34 GRCh, Rn. 8; *Streiniz* in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 34 GR-Charta, Rn. 5.